

<b>Gericht:</b>	OLG Celle 13. Zivilsenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	28.03.2023
<b>Aktenzeichen:</b>	13 U 81/21
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGCE:2023:0328.13U81.21.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 1 Abs 1 EnWG, § 46 Abs 2 EnWG, § 46 Abs 4 S 2 EnWG, § 47 Abs 3 EnWG, § 47 Abs 5 EnWG ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Celle, Beschluss vom 28. März 2023 – 13 U 81/21 –, juris

### **Rechtsschutz im Verfahren über die Vergabe von Konzessionsverträgen im Sinne § 46 Abs. 2 EnWG**

#### **Leitsatz**

1. Zum Streitgegenstand eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 47 Abs. 5 EnWG, mit dem der Gemeinde der Abschluss des Konzessionsvertrages untersagt werden soll.
2. Zu den Anforderungen, die an die Bestimmtheit des Verbotsantrags zu stellen sind.
3. Zu den für die Wertungsentscheidung der Gemeinde geltenden Transparenzanforderungen, wenn dem unterlegenen Bieter die Akteneinsicht gemäß § 47 Abs. 3 EnWG nur eingeschränkt - unter teilweiser Schwärzung des Angebots des obsiegenden Bieters - gewährt wird.
4. Zum Verfahren bei nachträglicher Änderung der Wertungskriterien.
5. Zur Bewertungsrelevanz vertraglicher Zusagen.

#### **Orientierungssatz**

1. Der Streitgegenstand eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 47 Abs. 5 EnWG, mit dem der Gemeinde der Abschluss eines Konzessionsvertrages untersagt werden soll, können nicht die einzelnen gerügten Rechtsfehler, sondern die begehrte Unterlassung in der konkreten Verletzungsform - der beabsichtigten Konzessionsvergabe auf der Grundlage des Ratsbeschlusses - sein. Rechtsschutzziel ist nicht die Feststellung einzelner Rechtsfehler, sondern die Verhinderung der anderweitigen Konzessionsvergabe.
2. Eine unbillige Behinderung des klagenden Bieters im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt nur dann vor, wenn die gerügten Fehler in einem Umfang bestehen, dass sie Einfluss auf die Bieterreihenfolge gehabt haben können. Der einzelne Rechtsfehler ist daher nicht in den Verbotsantrag aufzunehmen.
3. Wenn dem unterlegenen Bieter die Akteneinsicht gemäß § 47 Abs. 3 EnWG nur eingeschränkt unter teilweiser Schwärzung des Angebots des obsiegenden Bieters gewährt wird, liegt eine Verletzung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nicht bereits vor. Eine Rechtsverletzung liegt jedoch vor, wenn die Wertungsentscheidung zu einem Auswahlkriterium aufgrund einer ungerechtfertigten Schwärzung für den Bewerber intransparent ist (Fortführung OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 - 13 U 67/21 (Kart)).

4. Eine nachträgliche Änderung der den interessierten Unternehmen mitgeteilten Auswahlkriterien muss allen Bewerbern ausdrücklich und nach Maßgabe dieser gesetzlichen Regelung mitgeteilt werden. Es genügt daher nicht, wenn die Gemeinde einem einzelnen Bewerber in dem Bietergespräch oder dem hierzu gefertigten Protokoll mitteilt, dass sie das Auswahlkriterium in einem vom Wortlaut abweichenden Sinn versteht.

5. Rein deskriptive Konzepte können das Erreichen der Ziele des § 1 EnWG kaum sicherstellen, wenn die Umsetzung nicht durch vertragliche Zusicherungen des Netzbetreibers - vorzugsweise mit entsprechenden Vertragsstrafeversprechen - abgesichert wird (Anschluss KG Berlin, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 2 U 18/18 EnWG). Wenn der klagende Bieter jedoch keine Rüge erhoben hat, kann der beklagten Gemeinde mehr vorgeworfen werden, dass sie vertragliche Zusicherungen bei der Konzeptbewertung nicht berücksichtigt hat.

#### Verfahrensgang

vorgehend OLG Celle 13. Zivilsenat, 5. August 2022, 13 U 81/21, Beschluss

vorgehend LG Hannover, 14. Oktober 2021, 25 O 1/21

Diese Entscheidung zitiert

#### Rechtsprechung

Fortführung OLG Celle 1. Kartellsenat, 16. Juni 2022, 13 U 67/21 (Kart)

Anschluss KG Berlin Kartellsenat, 25. Oktober 2018, 2 U 18/18 .EnWG, ...

#### Tenor

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hannover vom 14. Oktober 2021 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Der Berufungsstreitwert wird auf 100.000 € festgesetzt.

#### Gründe

- 1 Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss beruht auf § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO.  
A.
- 2 Die Berufung hat aus den Gründen des Hinweisbeschlusses vom 5. August 2022, auf die gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO Bezug genommen wird, offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.
- 3 Die Stellungnahme der Verfügungsbeklagten vom 14. Oktober 2022 (fortan: Beklagte) führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Einwendungen der Beklagten beruhen in weiten Teilen auf einer verkürzten und sinnentstellenden Darstellung der Ausführungen in dem Hinweisbeschluss. Der Senat sieht im Folgenden davon ab, seine Ausführungen noch einmal vollständig wiederzugeben. Ergänzend wird angemerkt:  
I.
- 4 1. Der Senat hält an seinen Ausführungen zur Rechtsverletzung durch Intransparenz bei übermäßigen Schwärzungen der Akte fest.

- 5 Das Recht des unterlegenen Bieters auf ein transparentes Verfahren ist verletzt, wenn die Wertungsentscheidung für ihn nicht hinreichend nachvollziehbar ist. Grundsätzlich sollte die dem Bieter offengelegte Wertungsentscheidung für den Bieter aus sich heraus hinreichend nachvollziehbar sein. Ist dies nicht der Fall, ist ergänzend zu prüfen, ob die erforderliche Nachvollziehbarkeit dann gegeben ist, wenn der Bieter auch das Angebot des obsiegenden Bieters - soweit es ihm ungeschwärzt zugänglich gemacht worden ist - in den Blick nimmt.
- 6 Der Senat vermag nicht nachzuvollziehen, inwiefern die Beklagte dem entgegneten will. Ihre Ausführungen dazu, unter welchen Voraussetzungen ein Akteneinsichtsanspruch nach der früheren Rechtslage (BGH-Urteil Gasnetz Rösrath) oder aktuellem Recht gegeben ist, sind insoweit für das vorliegende Verfahren ohne Belang. Der selbständige Akteneinsichtsanspruch der Klägerin gemäß § 47 Abs. 3 EnWG ist nicht Gegenstand des Verfahrens.
- 7 2. Die Wertungskriterien sind aus Sicht eines verständigen Bieters auszulegen. Dabei liegt für jeden verständigen Bieter auf der Hand, dass die Wertungskriterien das bestmögliche Erreichen der Ziele des § 1 EnWG sicherstellen sollen. Der verständige Bieter wird dies bei der Auslegung berücksichtigen. Wieso die Beklagte hierin einen Widerspruch sieht, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.
- 8 3. Soweit die Beklagte wiederholt einwendet, der Senat habe bei der Prüfung der Bewertungen ihren Tatsachenvortrag übergangen, verkennt sie offenbar den Gegenstand der in dem vorliegenden Verfahren vorzunehmenden Prüfung. Zu überprüfen sind die von der Beklagten vorgenommene Bewertungen auf der Basis des in dem Auswertungsgutachten wiedergegebenen Inhalts der Angebote, ggf. unter Berücksichtigung des Wortlauts der Angebote, soweit dieser ungeschwärzt vorgelegt wurde.
- 9 Hingegen kann die Beklagte die Angebote und ihre dem Gemeinderatsbeschluss zugrundeliegende Bewertung nicht in dem vorliegenden Verfahren nachträglich durch eigenen Tatsachenvortrag ergänzen und damit Wertungsfehler heilen. Für den Vorwurf, der Senat habe bei der Überprüfung der Bewertung entsprechendes Vorbringen der Beklagten übergangen, besteht daher keine rechtliche Grundlage.
- 10 4. Soweit die Beklagte wiederholt den Vorwurf einer unzulässigen Amtsermittlung erhebt, verkennt sie den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz. Im vorliegenden Verfahren ist die rechtliche Prüfung vorzunehmen, ob aufgrund intransparenter oder fehlerhafter Bewertungen Rechtsverletzungen der Klägerin i.S.d. § 47 Abs. 1 EnWG vorliegen. Diese rechtliche Beurteilung erfolgt auf der Grundlage der vorgelegten Angebotswertung und des Inhalts der vorliegenden Angebote, mithin auf der Basis des vorgetragenen - insoweit unstreitigen - Sachverhalts. Die Auswertung dieser von den Parteien vorgelegten Unterlagen kann den Beibringungsgrundsatz nicht verletzen.
- 11 5. In Bezug auf sämtliche vom Senat festgestellten Rechtsverletzungen liegt eine inhaltlich ausreichende Rüge der Klägerin vor.
- 12 Dabei genügt es, wenn die Rüge erkennen lässt, in Bezug auf welches Bewertungskriterium die Beurteilung mit welcher Stoßrichtung angegriffen wird.
- 13 Im Vergaberecht entspricht es allgemeiner Auffassung, dass die Präklusionsvorschriften restriktiv auszulegen sind, um die Erlangung von effektivem Rechtsschutz nicht übermä-

ßig zu erschweren (vgl. Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 160 Rn. 58, mwN). Entsprechend sind - nach dem Maßstab eines anwaltlich nicht vertretenen, durchschnittlichen Bieters - keine hohen Anforderungen inhaltlicher Art an die Rügen zu stellen (Im-menga/Mestmäcker/Dreher, 6. Aufl. 2021, GWB § 160 Rn. 61). Die Rüge soll dem Auftraggeber bei möglichen Vergaberechtsfehlern eine Selbstkorrektur ermöglichen (aaO Rn. 60), hierzu müssen einer Rüge nicht sämtliche in Betracht kommenden Begründungselemente beigelegt werden.

- 14 Für die Rügeobliegenheiten nach § 47 EnWG bei Netzkonzessionsverfahren gilt nichts Anderes. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich regelmäßig um umfangreiche und komplexe Verfahren handelt und die Überprüfung der Bewertung entsprechend aufwändig ist, insbesondere, wenn sie durch Schwärzungen des Angebots der obsiegenden Bieterin erschwert wird.
- 15 6. Soweit die Beklagte wiederholt die vom Senat bei den einzelnen Bewertungsfehlern angestellte Kausalitätsbetrachtungen beanstandet, verkennt sie offenbar, dass der Senat unter Beachtung des Beurteilungsspielraums keine eigene Bewertung vornimmt, sondern lediglich festzustellen hat, inwieweit bei den von Bewertungsfehlern betroffenen Kriterien eine Änderung der Bewertung zu Gunsten der Klägerin möglich erscheint, wenn die Beklagte die jeweils aufgezeigten Bewertungsfehler vermieden hätte. Dabei hat der Senat jeweils zu Gunsten der Beklagten berücksichtigt, dass sonstige Gesichtspunkte, die sie bei der Bewertung der einzelnen Kriterien - im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums - bewertungsfehlerfrei als Vorteile oder Nachteile der jeweiligen Angebote angesehen hat, bei dieser Abschätzung des möglichen Bewertungsergebnisses in die Bewertung einfließen können. Im Rahmen der notwendigen Gesamtschau war aber jeweils einzuschätzen, welches Gewicht diesen Vor- und Nachteilen zukommen könnte und welches Wertungsergebnis dann jeweils zu Gunsten der Klägerin mindestens möglich erscheint. Dies schließt nicht aus, dass andere Gewichtungen der einzelnen Vor- und Nachteile vertretbar sein können. Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass selbst bei einer vorsichtigen Einschätzung die festgestellten Bewertungsfehler die Bieterreihenfolge beeinflusst haben können.

II.

16 **1. Versorgungssicherheit**

17 **1.1.1 Reaktionszeit bei Störungen: Zeitraum zwischen Eingang der Störungsmeldung und Eintreffen am Ort der Störung (Tagesschicht)**

- 18 a) Die Beklagte verkennt die vom Senat vorgenommene Auslegung dieses Kriteriums. Der Senat hat nicht in Frage gestellt, dass die Beklagte nur für einen einzigen fiktiven Störungsort, der zufällig in der Nähe der Betriebsstätte der E. GmbH liegt, konkrete (durchschnittliche) Reaktionszeiten abgefragt hat.

- 19 Daraus folgt aber nicht, dass die Bewertung des Kriteriums „Reaktionszeit bei Störungen“ es bei einem bloßen mathematischen Vergleich der angegebenen Zeiten für diesen einen fiktiven Störungsort bewenden lassen kann. Dies würde erkennbar dem Ziel, die Versorgungssicherheit für das gesamte Netzgebiet zu gewährleisten, nicht Rechnung tragen können. Vielmehr ist zu bewerten, inwiefern die dargestellten Konzepte, die die Bieter anhand des abgefragten Störungsortes plausibilisiert haben, allgemein eine kurze Reaktionszeit für das gesamte Netzgebiet gewährleisten.

- 20 b) Der Senat hält auch daran fest, dass das mitgeteilte Kriterium, mit dem nach durchschnittlichen Reaktionszeiten gefragt war, durch eine im Vergabegespräch vorgenommene „Klarstellung“ nicht wirksam dahin abgeändert worden ist, dass es bei der Bewertung nicht mehr auf die durchschnittlichen Zeiten, sondern nur noch auf die im denkbar ungünstigsten Fall möglichen Höchstzeiten ankommen sollte.
- 21 Die Transparenzanforderungen gebieten es, dass die Gemeinde die Entscheidung, Vergabekriterien nachträglich abzuändern, allen Bietern ausdrücklich und zweifelsfrei in Textform mitteilt. Eine bloße Klarstellung im Vergabegespräch genügt diesen Anforderungen nicht. Der betreffende Bieter kann schon nicht erkennen, dass eine förmliche Abänderung des Kriteriums erfolgen soll, was eine Mitteilung in Textform an alle Bieter erforderte (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG). Der verständige Bieter kann daher grundsätzlich davon ausgehen, dass Abänderungen der Beurteilungskriterien nicht durch eine Klarstellung in Vergabegesprächen erfolgen, sondern im Wege des Verfahrensbriefs. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob auch in dem der E. GmbH erteilten Gesprächsprotokoll eine inhaltsgleiche Klarstellung enthalten war. Die Klägerin hatte jedenfalls keine Kenntnis davon, dass auch der E. GmbH eine solche Klarstellung mitgeteilt wurde und konnte dies bei der Auslegung des Hinweises der Beklagten nicht berücksichtigen. Dass die Klägerin in ihrem Angebot vorsorglich auch Höchstzeiten dargestellt hat, ändert nichts an der Beurteilung.
- 22 c) Die Beklagte hat sich bei der Bewertung des Kriteriums nicht damit auseinandergesetzt, inwiefern die - unterschiedliche - Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter bei beiden Bietern in gleicher Weise für eine schnelle Störungsbeseitigung zielführend ist oder eine unterschiedliche Bewertung gebietet. Die Beklagte wendet ein, sie habe in dem vorliegenden Verfahren zu der Qualifikation der E. GmbH-Mitarbeiter weiter vorgetragen. Dabei verkennt sie, dass für die vorzunehmende Prüfung nur die Beurteilung maßgeblich ist, die sie auf der Grundlage der Angebotsinhalte vorgenommen hat. Beurteilungsmängel können nicht dadurch beseitigt werden, dass die Beklagte nunmehr die Angebote mit eigenem Tatsachenvortrag inhaltlich ergänzt. Im Übrigen hat die Beklagte weiterhin nicht dargetan, dass sämtliche nach dem Angebot der E. GmbH für die Störungsbeseitigung eingesetzten Mitarbeiter selbst - ohne Hinzuziehung eines Monteurs - Montagarbeiten an dem Gasnetz durchführen könnten und dürften. Was mit der „Befähigung zur Behebung von Störungen“ konkret gemeint sein könnte, bleibt unklar.
- 23 Die erforderlichen Rügen hat die Klägerin erhoben, wie sie in ihrer Stellungnahme jeweils unter konkreter Bezugnahme auf die Rügeschrift zutreffend ausgeführt hat.
- 24 **1.1.2 Reaktionszeit bei Störungen Zeitraum zwischen Eingang der Störungsmeldung und Eintreffen am Ort der Störung (Nachtschicht)**
- 25 Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.
- 26 **1.2 Investitionen in das Netz**
- 27 Der Vorwurf, es seien Ausführungen der Beklagten übergangen worden, ist auch hier nicht nachvollziehbar. Es trifft nicht zu, dass sich aus der Angebotswertung ergebe, dass und womit die E. GmbH im Einzelnen den beabsichtigten Austausch aller Gaszähler dargestellt und begründet habe. Es findet sich dort lediglich ein einzelner Satz, in dem generell auf die Altersstruktur und die abgelaufene Zulassung der Zähler verwiesen wird. Weil die Beklagte nicht dargestellt hat, was mit abgelaufener Zulassung gemeint sein

könnte, hat der Senat lediglich vorsorglich darauf hingewiesen, dass *jedenfalls* die regelmäßig erforderliche Eichung von Zählern den Austausch nicht rechtfertigen kann. Es liegt auch auf der Hand, dass die allgemeine Erkenntnis, jedes Bauteil habe eine technische Lebensdauer, nicht zu begründen vermag, warum der Austausch aller im Netzgebiet vorhandenen Gaszähler binnen 5 Jahren eine sinnvolle Maßnahme zur Erhöhung der Netzsicherheit darstellen könnte, nicht jedoch der Ersatz der Verteilstationen. Hinsichtlich der Kausalitätsbetrachtung wird auf die vorstehenden Ausführungen (Ziffer I. 6.) Bezug genommen. Es erscheint zumindest möglich, dass bei Vermeidung des aufgezeigten Fehlers - unter Berücksichtigung des erheblich größeren Investitionsvolumens der Klägerin einerseits und der Fortschreibung der Investitionsplanung für weitere zwei Jahre durch die E. GmbH andererseits - beide Angebote mit 10 Punkten bewertet worden wären.

28 **1.3 Instandhaltung des Netzes**

29 Auch hier gibt die Beklagte die Ausführungen des Senats nicht zutreffend wieder.

30 Der Senat hat beanstandet, dass die Beurteilung, hinsichtlich der Personalausstattung bestünden keine bewertbaren Unterschiede, nicht hinreichend nachvollziehbar ist, weil in der Angebotswertung jegliche Begründung für diesen Befund fehlt. Dabei hat der Senat keine eigene Beurteilung vorgenommen, sondern lediglich ausgeführt, warum es sich gerade im Streitfall aufdrängte, eine vertiefte Prüfung vorzunehmen, ob die Personalausstattung der E. GmbH auch für die beabsichtigte Netzübernahme noch auskömmlich ist.

31 **2. Preisgünstigkeit**

32 **2.1.2 - 2.1.5 Netznutzungsentgelte Heizgas, Mehrfamilienhaus/Kleingewerbe, Mehrfamilienhaus/Gewerbe und Gewerbe**

33 In dem Hinweisbeschluss ist im Einzelnen ausgeführt worden, dass die Wertungsentcheidung in Bezug auf die Netzentgelte intransparent ist. Daran wird festgehalten.

34 Der Vorwurf der Amtsermittlung geht fehl. Der Senat hat auf der Grundlage des Bewertungsgutachtens der Beklagten unter Berücksichtigung des - in weiten Teilen geschwärzten - Angebots der E. GmbH geprüft, ob die dortige Wertung hinreichend nachvollziehbar im Sinne der Transparenzanforderungen der §§ 46, 47 EnWG ist. Der Beibringungsgrundsatz ist durch diese rechtliche Prüfung der vorgelegten Unterlagen nicht verletzt.

35 Mit der Frage der Geheimhaltungsbedürftigkeit setzt sich der Hinweisbeschluss im Einzelnen auseinander (Seite 16 f.). Der diesbezügliche Einwand der Beklagten (Stn Seite 24) erschließt sich daher nicht.

36 **3. Verbraucherfreundlichkeit**

37 **3.1 Serviceangebot über Fernkommunikationsmitteln**

38 Wie der Senat ausgeführt hat, hat die Beklagte bei der Bewertung dieses Kriterium ihren Beurteilungsspielraum überschritten. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das Angebot der Klägerin trotz des Vorteils der erheblich längeren Erreichbarkeit schlechter bewertet wurde. Die Beklagte hat in ihrer Bewertung ausdrücklich selbst erklärt, die längere Erreichbarkeit sei positiv zu berücksichtigen (BV Seite 47). Sie kann ihre Beurteilung im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits nicht nachträglich dahin ändern, dass insoweit

kein Vorteil vorhanden sei. Dies wäre auch in der Sache nicht gerechtfertigt, weil die längere telefonische Erreichbarkeit - wie ausgeführt - in jedem Fall für den Verbraucher von erheblichem Vorteil ist, auch wenn zu dieser Zeit nicht jede technische Frage direkt geklärt werden kann. Soweit die Beklagte meint, der Telefonservice beschränke sich auf die „reine Entgegennahme von Anrufen“ und sei daher nicht als kompetent zu bewerten, findet diese Annahme keine Grundlage in dem Angebot der Klägerin, insbesondere unter Berücksichtigung der angebotenen Erstlösequote von 95 %, und ist auch in der Bewertung der Beklagten nicht getroffen worden. Soweit die Beklagte auf den Rückrufservice der E. GmbH verweist, berücksichtigt sie nicht, dass beide Bieter einen solchen Service angeboten haben. Hinsichtlich der zugesagten Kundenbefragung hat der Senat lediglich im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung ausgeführt, dass diese den vorgenannten deutlichen Vorteil des Angebots der Klägerin nicht ausgleichen kann. Der Senat hat nicht ausgeschlossen, dass die Kundenbefragung im Einzelfall - je nach Konkretisierung und Belastbarkeit der damit verbundenen Zusage - in gewissem Umfang positiv bewertet werden kann. Ein Widerspruch zu früheren Senatsentscheidungen ist insoweit nicht ersichtlich.

39     **3.3 Serviceangebot vor Ort**

- 40     Insoweit hat der Senat es primär als Bewertungsfehler angesehen, dass die Beklagte zu Lasten der Klägerin gewertet hat, dass diese keine konkreten und belastbaren Angaben zu der angebotenen Eröffnung eines Kundencenters in D. gemacht habe. Hieran wird festgehalten. In den Bewertungskriterien der Beklagten wird nicht verlangt, dass die Klägerin bereits vor Zuschlagserteilung eine Mietoption nachweist. Die in der Angebotsbewertung lediglich aufgeworfene Frage, ob es überhaupt verfügbare Büroflächen gebe (Seite 53), genügte - wie aufgezeigt - auch nicht, das Angebot der Klägerin insoweit als unplausibel anzusehen.
- 41     Die nur im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung vorgenommene Erwägung, dass der Vorteil der längeren Öffnungszeiten bei der E. GmbH vor dem Hintergrund der von beiden Bietern angebotenen Termine außerhalb der Öffnungszeiten zurückhaltend zu bewerten sein dürfte, beachtet die von der Beklagten für dieses Kriterium vorgegebenen Anforderungen. Das Angebot von Terminen außerhalb der Öffnungszeiten dient dazu, die von der Beklagten gestellte Anforderung der möglichst langen Verfügbarkeit von kompetenten Ansprechpartnern zu erfüllen, und ist auch von der Beklagten entsprechend berücksichtigt worden. Bei der Einschätzung, inwiefern längere feste Öffnungszeiten demgegenüber einen *zusätzlichen* Vorteil bringen könnten (vgl. Rügeschreiben Seite 19), ist berücksichtigt worden, wozu das geforderte „Serviceangebot vor Ort“ vorwiegend genutzt werden dürfte, nämlich vornehmlich für vertiefte Beratungen, die häufig nach vorheriger Terminvereinbarung stattfinden dürften, während spontane Fragen zumeist über das Internet oder telefonisch gestellt werden dürften.
- 42     Die Klägerin hat gerügt, dass sie im Hinblick auf das für die Beratung im Kundencenter eingesetzte Personal schlechter bewertet worden sei (Rüge Seite 19). Entsprechend ist notwendigerweise in den Blick zu nehmen, ob das Angebot der E. GmbH insoweit eine bessere Bewertung rechtfertigt. Nicht nachvollziehbar ist, warum die Beklagte insoweit beanstandet, dass der Senat davon ausgeht, dass die Beratung bei der E. GmbH u.a. auch durch Monteure vorgenommen werden soll. Dies hat die Beklagte in ihrem Bewertungsvermerk selbst festgestellt (Seite 52). Dort hat die Beklagte ausdrücklich ausgeführt, dass die Beratung auch durch die Ingenieure, den Netzmeister und die Netzmonteure erfolge. Warum die Beklagte nun demgegenüber meint, es würden „selbstver-

ständig keine Monteure zur Beratung eingesetzt“ (Stn Seite 30), erschließt sich nicht. Die Beklagte hat sich in ihrer Wertung nicht mit der sich aufdrängenden Frage auseinandergesetzt, inwiefern diese technischen Mitarbeiter - trotz möglicher Einsätze im gesamten Netzgebiet - innerhalb der angebotenen Öffnungszeiten immer sofort für eine Beratung zu Verfügung stehen. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass nach dem Angebot der E. GmbH auch die Ingenieure Aufgaben außerhalb des Bürogebäudes wahrzunehmen habe (vgl. z.B. bei den Kriterien Reaktionszeiten bei Störungen). Soweit die Beklagte schließlich meint, der Senat habe eine zu geringe Akteneinsicht moniert, verkennt sie offenbar die Ausführungen in dem Hinweisbeschluss. Der Senat lediglich zu Gunsten der Beklagten geprüft, ob fehlende oder unklare Ausführungen in dem Bewertungsvermerk bei der Überprüfung der Bewertung durch eine entsprechende Darstellung in dem Angebot der E. GmbH ergänzt werden könnten. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn sich aus dem Angebot der E. GmbH nachvollziehbar ergäbe, dass durch eine entsprechende Einsatzplanung sichergestellt ist, dass stets mindestens ein technischer Mitarbeiter für die Beratung im Gebäude der E. GmbH anwesend ist und keine Einsätze im Netzgebiet zu erbringen hat.

43     **3.4 Serviceangebot bei Störungen**

44     Es verbleibt bei der Beurteilung im Hinweisbeschluss. Die Auffassung der Beklagten, das Angebot der Klägerin sei insoweit „falsch“, beruht auf einer nicht vertretbaren Auslegung. Inwiefern sich insoweit Entgegenstehendes aus einem Urteil des OLG Schleswig ergeben könnte, vermag der Senat nicht zu erkennen. Es ist auch unzutreffend, dass sich die Maßnahmen der Klägerin so gut wie nur auf Großstörungen beziehen. Der Verweis der Beklagten auf ihre Berufungsbeurteilung ist unbehelflich.

45     **3.5.1 Zügige Bearbeitung des Antrags auf Netzanschluss**

46     Der Senat bleibt bei seiner Beurteilung. Soweit die Beklagte demgegenüber meint, das Angebot der E. GmbH sei eindeutig anders zu verstehen, erschließt sich nicht, welche andere Auslegung die Beklagte bei der Bewertung des Angebots vorgenommen hat. Eine Auslegung, die E. GmbH sage zu, einen Antrag immer - auch dann, wenn er kurz vor Geschäftsschluss eingeht - noch am selben Tag abschließend zu bearbeiten, wäre offensichtlich fernliegend und im Übrigen ohne nähere Angaben auch kaum plausibel.

47     **3.5.2 Zügige Fertigstellung des Netzanschlusses**

48     Der Senat bleibt bei seiner Beurteilung. Es ist eingehend begründet worden, dass die durch die Beklagte vorgenommene Auslegung des Angebots der Klägerin nicht vertretbar ist. Es ändert nichts an der Auslegung, dass die Klägerin sich bisher eine Bearbeitungszeit von vier Wochen ausbedungen hatte, was die Beklagte - zu Recht - auch nicht in ihre Angebotswertung hat einfließen lassen. Dies hindert die Klägerin nicht daran, in dem vorliegenden Verfahren anzubieten, dass auf entsprechenden Kundenwunsch auch eine deutlich kürzere Herstellungszeit zugesagt wird.

49     Der Einwand der Beklagten, eine Fertigstellung binnen drei Tagen könne nicht der Klägerin zugestanden und der E. GmbH versagt werden, geht an den Ausführungen des Hinweisbeschlusses vorbei. Es ist ausdrücklich ausgeführt worden, dass bei beiden Bietern in gleicher Weise hätte kritisch hinterfragt werden müssen, ob die zugesagten Ausführungszeiten sichergestellt werden können. Der bloße Hinweis, die E. GmbH könne auch kurzfristig umdisponieren, macht eine solche Prüfung nicht entbehrlich. Inwieweit eine

solche Umdisponierung unter Berücksichtigung anderer Terminvorgaben, vorrangiger Eilfälle und der Personalausstattung der E. GmbH möglich ist, hat die Beklagte in ihrer Angebotswertung nicht geprüft.

50 **3.6 Zügige Bearbeitung von Kundenbeschwerden**

51 Der Senat hält auch insoweit an seiner Beurteilung fest. Zu Recht hat die Klägerin aufgrund der Schwärzungen im Angebot der E. GmbH die Transparenz der Bewertung beanstandet. Denn es ist nicht hinreichend nachvollziehbar, ob die zugesagte Bearbeitung von 98 % der Beschwerden binnen 3 Tagen, die die Beklagte in ihre Angebotswertung übernommen hat, nach dem Konzept der E. GmbH erreicht wird, obwohl sie 6,5 % der Beschwerden (65 % der schriftlichen Beschwerden) nicht unverzüglich bearbeiten kann. Was die E. GmbH insoweit konkret angeboten hat, ist aufgrund der Schwärzungen, für die auch kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse angenommen werden kann, nicht ersichtlich.

52 Zudem greift die Bewertung - wie ausgeführt - ersichtlich zu kurz, wenn sie die Angebote schon deshalb für vergleichbar hält, weil die große Mehrzahl der Beschwerden binnen eines Tages gelöst werde. Dass die Beklagte unter anderem auch nach der Angabe von durchschnittlichen Bearbeitungszeiten gefragt hat, rechtfertigt es nicht, bei der Beurteilung nur darauf abzustellen, dass ein Großteil der Beschwerden am selben Tag bearbeitet wird. Die Durchschnittswerte werden auch durch die übrigen Beschwerden beeinflusst.

53 Der Senat hat nicht festgestellt, dass bei einer Vermeidung der aufgezeigten Fehler eine bessere Bewertung der Klägerin erfolgen muss. Dies erscheint aber jedenfalls möglich.

54 **4. Effizienz**

55 **4.1.1 Organisationsstruktur**

56 Die Beklagte gibt den Hinweisbeschluss sinnentstellend wieder.

57 In dem Hinweisbeschluss ist ausgeführt worden, dass die Annahme der Beklagten, beide Bieter hätten eine vergleichbar kosteneffiziente Organisationsstruktur, unter Berücksichtigung der Schwärzungen in dem Angebot der E. GmbH nicht nachvollziehbar begründet worden ist. Etwaige Geheimhaltungsinteressen der E. GmbH rechtfertigen es jedenfalls nicht, dass gar nicht nachvollzogen werden kann, aus welchen Gründen die Beklagte trotz der sich aufdrängenden Unterschiede im Ergebnis eine vergleichbare Kosteneffizienz angenommen hat.

58 In dem Hinweisbeschluss ist nicht angenommen worden, die Struktur der Klägerin sei effizienter. Es ist lediglich im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung eine bessere Bewertung der Klägerin als möglich angesehen worden, wenn die Beklagte eine inhaltliche Bewertung der Unterschiede vorgenommen hätte. Eine ausreichende Rüge ist insoweit gegeben, wie die Klägerin in ihrer Erwiderung zu der Stellungnahme der Beklagten zutreffend ausgeführt hat.

59 **4.1.2 Wegeoptimierung im Versorgungsgebiet**

60 Insoweit ist in dem Hinweisbeschluss lediglich beanstandet worden, dass nicht hinreichend nachvollziehbar ist, ob die von der Beklagten bei der Bewertung zugrunde ge-

legten „konkreten Einsparpotentiale“ bei der E. GmbH von dieser plausibel begründet worden sind. Im Ergebnis ist im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung davon ausgegangen worden, dass das Angebot der E. GmbH aufgrund gewisser struktureller Vorteile eines gemeinsamen Netzbetriebs auch dann noch tendenziell besser zu bewerten wäre, wenn die konkreten Einsparpotentiale nicht ausreichend plausibel dargestellt sein sollten (mit 10 zu 9 statt 10 zu 8 Punkten). Worin die Beklagte dabei eine „Bestrafung“ der E. GmbH sieht, erschließt sich nicht. Die Stellungnahme der Beklagten deutet zudem darauf hin, dass sie bei ihrer Beurteilung tatsächlich auf die Einsparpotentiale abgestellt hat, die sich für die E. GmbH dann ergeben würden, wenn sie durch die Übernahme des streitgegenständlichen Netzes ihr bestehendes Netzgebiet vergrößert. Dies wäre aber - wie ausgeführt - nicht der zutreffende Bezugspunkt für die vergleichende Bewertung der konkurrierenden Angebote. Zu fragen wäre, inwiefern sich für den Betrieb des streitgegenständlichen Netzes dadurch Vorteile im Hinblick auf eine Wegeoptimierung ergeben, dass sie - anders als die Klägerin - dann in diesem Gebiet ein Mehrspartennetz betreiben würde.

61 **4.1.3 Effizienter Einkauf**

62 Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen zu Nr. 4.1.1 und 4.1.2 entsprechend. Die Beklagte gibt die Ausführungen des Senats wiederum sinnentstellend wieder. Die Beklagte hat bei ihrer Bewertung maßgeblich auf die Ausnutzung von Mengenrabatten abgestellt. Insoweit ist lediglich beanstandet worden, dass aus dem Bewertungsvermerk nicht ersichtlich ist, auf welcher Grundlage die Beklagte annimmt, dass beide - evident unterschiedlich großen - Bieter vergleichbare Mengenrabatte erzielen könnten.

63 **5. Umweltverträglichkeit**

64 **5.4 Beratung zum Netzanschluss von Bio-Methan-Einspeisungsanlagen**

65 Die bessere Beurteilung der E. GmbH ist - wie die Klägerin auch gerügt hat (Seite 26) - nicht hinreichend nachvollziehbar. Der Inhalt des Angebots der Klägerin wird in dem Hinweisbeschluss zutreffend wiedergegeben, was die Beklagte auch nicht mit Substanz in Abrede genommen hat. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist auch ausdrücklich berücksichtigt worden, dass die Klägerin nicht ausgeführt hat, wie viele ihrer Mitarbeiter als Ansprechpartner im Bereich „Anschluss von Biogasanlagen“ tätig sind. Wie ausgeführt, stellt es jedoch keinen ersichtlichen Vorteil dar, dass die E. GmbH allgemein mitteilt, sie setze für technische Fragen drei Mitarbeiter - zwei Diplom-Ingenieure und einen Gas/Wasser-Meister - ein. Denn insoweit fehlt es an Feststellungen der Beklagten dazu, welche konkreten Kenntnisse diese in Bezug auf den Anschluss von Biogasanlagen haben, die - wie gefordert - eine kompetente Beratung und Antragsbearbeitung bei dieser - insbesondere auch rechtlich komplizierten - Materie erwarten lassen. Der Senat ist auch nicht davon ausgegangen, dass die von der Klägerin dargelegten Erfahrungen in Bezug auf den Anschluss von Biogasanlagen zwingend zu einer besseren Bewertung führen müssen. Es wird lediglich für möglich gehalten, dass das Angebot der Klägerin bei Vermeidung des aufgezeigten Fehlers zumindest als gleichwertig angesehen worden wäre.

66 **6. Baumaßnahmen**

67 **6.1 Abstimmung von Baumaßnahmen**

68 Es wird an der Beurteilung festgehalten, dass es die Forderung nach möglichst frühzeiti-  
gen Abstimmungen eindeutig besser erfüllt, wenn die Klägerin hierfür einen doppelt so  
langen Zeitraum anbietet, und nicht vertretbar ist, diesen Vorteil nicht zu berücksichti-  
gen. Die hiergegen erhobenen Einwendungen sind nicht nachvollziehbar. Der Senat hat  
lediglich ausgeführt, dass eine Regelung im Angebot der E. GmbH, wonach eine Zustim-  
mung der Beklagten zu Baumaßnahmen erforderlich ist, es nicht rechtfertigt, diesen ein-  
deutigen Vorteil unberücksichtigt zu lassen. Daraus ergibt sich nicht, dass die Regelung  
als Nachteil für die E. GmbH zu werten ist. Darüber hinaus ist - nur ergänzend - darauf  
hingewiesen worden, dass sich aus der Angebotswertung und dem Angebot der E. GmbH  
kein umfassendes Zustimmungserfordernis ergibt. Soweit die Beklagte hierzu auf die -  
auch nur die jährlichen Koordinierungsgespräche betreffenden - Regelungen in § 8 Abs. 2  
und 3 des Vertragsentwurfs verweist, ergibt sich hieraus gerade kein zwingendes Zu-  
stimmungserfordernis, sondern lediglich die Verpflichtung der E. GmbH, von der Beklag-  
ten verlangten *Anpassungen* der Maßnahmen nachzukommen, *soweit es wirtschaftlich*  
*durchführbar und technisch möglich* ist (Ast 16/26). Die Beklagte hat die Regelung in ih-  
rer Stellungnahme (Seite 42) verkürzt zitiert.

69 **7. Endschaftsregelungen**

70 **7.1. Auskunftsanspruch über technische und wirtschaftliche Situation des Net-  
zes**

71 Die nun nachgeschobene Begründung, die E. GmbH habe eine Auskunftserteilung auch  
noch für die Zeit nach dem regulären Vertragsende zugesagt, ändert nichts an der Be-  
urteilung. Zum einen würde eine Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts nicht den von  
der Beklagten für dieses Kriterium mitgeteilten Anforderungen entsprechen. Gefragt war  
ausdrücklich nach Endschaftsregelungen, die der Beklagten „vor Vertragsende“ die er-  
neute Durchführung eines Konzessionsverfahrens mit möglichst hoher Wettbewerber-  
anzahl ermöglichen. Es war nicht danach gefragt, welche „nachvertraglichen“ Regelun-  
gen für den Fall angeboten werden, dass das Konzessionsverfahren aufgrund von Verzö-  
gerungen nicht rechtzeitig abgeschlossen werden kann. Zum anderen ergibt sich auch  
nicht aus dem Bewertungsvermerk, dass dieser Gesichtspunkt zu Gunsten der E. GmbH  
in die Bewertung einfließen sollte. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht ohnehin beide  
Angebote dahin auszulegen sind, dass bei einer Verzögerung des nachfolgenden Netz-  
konzessionsverfahrens der Konzessionsvertrag über die reguläre Vertragslaufzeit hinaus  
bis zur Übertragung des Netzes auf einen anderen Netzbetreiber fortlaufen und nicht ein  
vertragsloser Zustand eintreten soll.

72 **9. Konzessionsabgabe**

73 **9.2 Nachweis durch Wirtschaftsprüfertestat**

74 An der Beurteilung im Hinweisbeschluss wird festgehalten. Etwas anderes ergibt sich  
auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Ideenwettbewerbs. Dieser besteht nur in dem  
durch die Bewertungskriterien vorgegebenen Rahmen, insbesondere wenn die bestmög-  
liche Erreichung eines bestimmten Ziels verlangt wird. Dies ist hier nicht der Fall. Die  
Klägerin hat die Vorgabe „Wirtschaftsprüfertestat“ vollständig erfüllt.

75 **9.3 Frühzeitige Endabrechnung im Folgejahr**

76 Es wird an der vorgenommenen Auslegung des Wertungskriteriums festgehalten. Es war nicht ersichtlich, dass die Beklagte bei diesem Kriterium auch den Zeitpunkt der Vorlage des Wirtschaftsprüferstatus berücksichtigen werde. Warum es sich nach Auffassung der Beklagten bei diesen zusätzlichen Anforderungen um eine „naheliegende Plausibilisierung“ handeln sollte, erschließt sich nicht.

B.

77 Soweit auch die Klägerin Einwendungen gegen die für sie nachteiligen Ausführungen in dem Hinweisbeschluss erhebt, wird von einer Stellungnahme abgesehen, weil bereits die aufgezeigten Rechtsfehler möglicherweise die Bewertungsreihenfolge beeinflusst haben und somit das titulierte Verbot rechtfertigen.

78 Nach Auffassung des Senats erfordert der Streitgegenstand bei Verfügungsanträgen gemäß §§ 46, 47 EnWG, die auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichtet sind, nicht die Bescheidung jeder einzelnen Rüge, wenn bereits feststeht, dass Rechtsfehler vorliegen, die die Wertungsreihenfolge beeinflusst haben können.

C.

79 Das einstweilige Verfügungsverfahren hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Senats. Soweit die Beklagte dem entgegentritt, berücksichtigt sie nicht, dass in dem vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren auch gegen eine Entscheidung durch Urteil kein Rechtsmittel statthaft wäre, sodass hierdurch keine weitergehende Klärung herbeigeführt werden könnte.

80 Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist ebenfalls nicht geboten.

D.

81 Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

82 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG.